

## Article

---

« Introduction »

Patrice Garant

*Les Cahiers de droit*, vol. 26, n° 1, 1985, p. 217-222.

Pour citer cet article, utiliser l'information suivante :

URI: <http://id.erudit.org/iderudit/042660ar>

DOI: 10.7202/042660ar

Note : les règles d'écriture des références bibliographiques peuvent varier selon les différents domaines du savoir.

---

Ce document est protégé par la loi sur le droit d'auteur. L'utilisation des services d'Érudit (y compris la reproduction) est assujettie à sa politique d'utilisation que vous pouvez consulter à l'URI <https://apropos.erudit.org/fr/usagers/politique-dutilisation/>

---

Érudit est un consortium interuniversitaire sans but lucratif composé de l'Université de Montréal, l'Université Laval et l'Université du Québec à Montréal. Il a pour mission la promotion et la valorisation de la recherche. Érudit offre des services d'édition numérique de documents scientifiques depuis 1998.

Pour communiquer avec les responsables d'Érudit : [info@erudit.org](mailto:info@erudit.org)

# L'article 96 de la Loi constitutionnelle de 1867

## Introduction

---

Patrice GARANT \*

L'article 96 de la *Loi constitutionnelle de 1867* est l'un des plus antifédéraux de notre Constitution.

Si l'on scrute attentivement la structure de la répartition des compétences entre le fédéral et les provinces en ce qui concerne l'administration de la justice, on constate que si les provinces ont la compétence exclusive en ce qui concerne l'administration de la justice sous l'article 92 alinéa 14, le fédéral est habilité à légiférer en vue de la création et de l'administration d'une Cour suprême générale d'appel pour tout le Canada ainsi que de tous autres tribunaux pour l'application des lois fédérales. Comme la compétence exécutive suit la compétence législative, on aurait pu s'attendre à ce que la nomination des juges de ces cours suive le partage des compétences législatives. Or, cela est vrai uniquement pour la Cour suprême et les tribunaux fédéraux créés sous les articles 100 et 101.

Quant aux autres cours de justice, l'article 96 vient faire une discrimination entre les cours supérieures, de district et de comté, et les autres, c'est-à-dire les cours inférieures. Le gouvernement fédéral nomme les juges des cours dites « supérieures ». Cela est d'autant plus surprenant que la justice criminelle dont l'administration relève largement de la compétence législative fédérale sous l'article 91 alinéa 27 (droit criminel et procédure criminelle), est administrée dans une large mesure par des juges de cours inférieures, constituées par les législatures provinciales.

L'article 96 de l'*A.A.N.B.* ne confère aucune compétence législative au Parlement fédéral, ni à qui que ce soit. Il ne confère qu'un pouvoir de nomination des juges des cours supérieures au gouvernement fédéral. Or comment un pouvoir exécutif de cette nature peut-il limiter un pouvoir législatif souverain conféré expressément à la législature provinciale? La Cour suprême n'a jamais répondu directement à cette question. Tout ce

---

\* Professeur à la Faculté de droit de l'Université Laval.

qu'elle a trouvé à dire c'est qu'il faut empêcher les législatures provinciales de diluer la notion même de « cour supérieure » envisagée (hypothétiquement) par les Pères de la Confédération.

Certes si les Pères de la Confédération revenaient en 1982 ils trouveraient probablement bizarre de voir le gouvernement fédéral et le gouvernement provincial se quereller pour savoir si les membres du Tribunal des professions seront nommés par Ottawa ou par Québec. Certes l'immense majorité des citoyens resteront peut-être indifférents à cette querelle. Qu'un juge soit nommé par Ottawa ou qu'il le soit par Québec, cela se vaut probablement. L'homme de la rue se demandera toujours pourquoi ce qui est probablement la loi la plus importante pour lui et la collectivité, le *Code criminel*, est-il appliqué surtout par des juges provinciaux (Cour des sessions de la paix). Sont-ils moins juges parce qu'ils sont nommés à Québec? Déjà le célèbre juge en chef Duff, en 1938, donnait son opinion sur les juges provinciaux :

But throughout the whole of this country magistrates daily exercise, especially in the towns and cities, juridicial powers of the highest importance in relation more particularly to the criminal law, but in relation also to a vast body of law which is contained in provincial statutes and municipal by-laws. The jurisdiction exercised by these functionaries, speaking generally, touches the great mass of the people more intimately and more extensively than do the judgments of the Superior Courts; and it would be an extraordinary supposition that a great community like the province of Ontario is wanting, either in the will or in the capacity, to protect itself against misconduct by these officers whom it appoints for these duties; and any such suggestion would be baseless in fact and altogether fallacious as the foundation of a theory controlling the construction of the B.N.A. Act.<sup>1</sup>

Pour le juge en chef Duff, qui pendant si longtemps s'est illustré sur la question même de l'article 96, et qui méritera les éloges du Conseil privé dans l'arrêt *John East Iron Works* en 1949 (1949 A.C. p. 134), l'article 96 n'est pas une panacée. Le fait que les juges des cours supérieures soient nommés par le gouvernement fédéral et que ces juges ne puissent être destitués que par le Parlement fédéral, est-il une garantie d'intégrité du système judiciaire? On a écrit que les Pères de la Confédération ont voulu protéger le système judiciaire contre les turpitudes des gouvernements provinciaux. Les risques de politisation des nominations et de pression sur les juges étaient peut-être plus grands en 1867 qu'aujourd'hui; c'est pourquoi les Pères de la Confédération, tous politiciens fédéraux, ont-ils jugé bon de conserver à Ottawa cette forme de bon patronage!

---

1. [1938] R.C.S. 398, 415.

On peut soutenir qu'en 1984 la procédure de nomination des juges est largement dépolitisée et assure aux niveaux fédéral et québécois une magistrature de qualité...

La Cour suprême du Canada par son interprétation de l'article 96 de l'*A.A.N.B.* semble interdire à toutes fins pratiques aux législatures provinciales d'ériger parallèlement aux cours supérieures de justice un système de tribunaux administratifs complet par lui-même, qu'il s'agisse d'un secteur particulier d'intervention ou d'un ensemble de secteurs.

La Cour suprême fait donc la promotion du contrôle judiciaire traditionnel exercé par la Cour supérieure comme s'il s'agissait du système idéal de protection de l'administré contre l'Administration. Or cette forme de contrôle n'a cessé d'être dénoncée par les observateurs et spécialistes du contentieux administratif comme la plus inefficace et la moins rentable pour l'administré; c'est la forme de contrôle la moins accessible, la plus formaliste, la plus coûteuse, la plus lente et la plus incertaine, même si fondamentalement il s'agit du rempart ultime de protection de l'administré contre l'arbitraire administratif fondé sur le principe constitutionnel de la « rule of law » (principe de légalité).

Quel est le grand perdant de l'opération? Le simple citoyen, celui que la législature provinciale visait à protéger en augmentant les possibilités de contestation devant un forum plus approprié, plus accessible et sans nul doute plus efficace!

La Cour suprême refuse catégoriquement de considérer la *Loi sur les transports*, le *Code des professions* ou la *Loi sur la location résidentielle* comme des législations d'un type nouveau différentes dans leur esprit et leur contenu de l'héritage de la *common law*, comme elle l'a fait pour le *Code du travail* ou *Labour Relation Act* des provinces. Tout comme les Commissions de relations de travail (Labour Relations Board) ont été reconnues comme les meilleurs interprètes des lois de relations de travail sous réserve de l'excès de juridiction, pourquoi le Tribunal des transports, le Tribunal des professions ou la Commission ontarienne des loyers ne bénéficieraient-ils pas de la même présomption? Les exigences de la régulation des transports, celles de la discipline professionnelle ou celles de la conciliation entre locataire et propriétaire ne sont-elles pas des objectifs aussi socialement valables que la paix industrielle?

La Cour suprême raisonne en termes de fonction judiciaire traditionnelle pour sauvegarder l'intégrité du système judiciaire unitaire. C'est là une négation du dynamisme du droit; vouloir donner un contenu précis à la notion de fonction judiciaire et surtout à celle de fonction judiciaire supérieure c'est risquer de scléroser le droit et l'empêcher de devenir un instrument de réforme et de progrès social.

L'article 96 de l'*A.A.N.B.* mène à un cul-de-sac Déjà un juge de la Cour provinciale l'exprimait sans ambage dans la célèbre affaire *Séminaire de Chicoutimi* le 25 avril 1968 :

On parle d'amender la Constitution, de projet de réforme judiciaire à tous les niveaux, de la Cour suprême aux Cours municipales; il est à espérer que les responsables de ce plan de recherches proposeront le rapatriement de la justice civile au Québec, une meilleure répartition des tâches judiciaires et un système plus approprié à nos besoins; ceci éviterait bien des discussions inutiles ou stériles, des procès coûteux, même si cela devait se faire au détriment de ceux qui se complaisent dans la dialectique.<sup>2</sup>

Le juge Dickson craignant à juste titre les conséquences de cette affirmation admet ceci :

Je connais et je comprends les motifs proposés pour appuyer l'opinion que l'art. 96 ne doit pas être interprété de façon à faire échec à la croissance que sont appelés à connaître les tribunaux administratifs provinciaux, ou de façon à restreindre injustement cette croissance. Cependant, si louables que soient les objectifs de politique, il faut reconnaître qu'il n'est pas donné à cette Cour de choisir qui, de l'autorité provinciale ou fédérale, doit s'occuper de ce problème.<sup>3</sup>

Le ministre de la Justice du Québec fit à ce sujet la remarque suivante au lendemain de l'arrêt *Farrah* :

Je n'ai aucune remarque à faire concernant le jugement de la Cour suprême qui interprète la constitution, mais il est clair que c'est l'occasion de se rendre compte jusqu'à quel point la constitution est inadéquate, en ce sens qu'elle rend toujours de plus en plus difficile pour les provinces la possibilité d'établir leurs systèmes de tribunaux administratifs.<sup>4</sup>

À mon humble avis, la Cour suprême vient de sonner le glas des tribunaux administratifs d'appel. Elle le fait au nom de quoi?

Nous devons chercher à appliquer la Constitution comme nous la comprenons, en respectant la façon suivant laquelle les tribunaux l'ont interprétée dans le passé. Si le pouvoir attaqué viole l'art. 96, il faut l'écarter.<sup>5</sup>

Le « passé », ce sont les valeurs sûres de la justice traditionnelle. À cet égard, l'année 1867 constitue un point de référence que ne discute plus notre Cour suprême :

Le par. 92(14) et les articles 96 à 100 représentent un des compromis importants des Pères de la confédération. Il est clair qu'on détruirait l'objectif visé par ce compromis et l'effet qu'on voulait donner à l'art. 96 si une province pouvait adopter une loi créant un tribunal, nommer ses juges et lui attribuer la

---

2. J. Gauthier, C.P. *Chicoutimi*, n° 27, 751, 25 avril 1968.

3. Cour suprême, 28 mai 1981, p. 34 (traduction) [1981] 37 N.R. 158.

4. *Débats Ass. Nationale*, 3 mai 1978, p. 1244 (M. Bédard).

5. *Supra*, note 3, p. 35.

compétence des cours supérieures. Ce qu'on concevait comme un fondement constitutionnel solide de l'unité nationale, au moyen d'un système judiciaire unitaire, serait gravement sapé à sa base. On est donc venu à considérer que l'art. 96 restreint la compétence des provinces de nommer les juges d'un tribunal qui exerce les pouvoirs judiciaires prévus à l'art. 96 et, par conséquent, qu'il restreint implicitement la compétence des provinces de conférer ces pouvoirs à un tribunal provincial.<sup>6</sup>

L'article 96 de l'*A.A.N.B.* bloque actuellement d'importants champs de réforme tels celui du droit de la famille <sup>7</sup>, celui du droit administratif et celui des autres branches du droit qui y sont reliées, tels le droit professionnel, le droit des relations locateurs-locataires, le droit du travail, etc. Il fait partie d'une Constitution rapatriée... mais bien malade !

La modification proposée permettra-t-elle un déblocage ? Premièrement on peut soutenir que la constitutionnalisation du pouvoir de surveillance des cours supérieures pour défaut ou excès de juridiction n'ajoute rien à la situation actuelle : l'arrêt *Crevier* nous affirme que l'art. 96 garantit déjà un tel contrôle. On pourrait craindre par ailleurs que les législatures prennent prétexte du nouvel art. 96 B (1) pour restreindre le contrôle judiciaire des cours supérieures aux seuls cas d'excès de juridiction.

Deuxièmement, le projet d'article 96 B (1) peut surprendre a priori dans la mesure où c'est à un organisme non judiciaire qu'il permet de transférer les attributions mêmes des Cours supérieures. Qu'est-ce donc qu'un organisme « non judiciaire » ? La jurisprudence sur ce problème de qualification est plutôt imprévisible. Ainsi, par exemple, les Commissions d'enquête ont-elles été considérées fréquemment comme exerçant des fonctions judiciaires (arrêt *Saulnier*, arrêt *Keable* <sup>8</sup>).

La Cour suprême a adopté dans deux arrêts célèbres deux positions contradictoires à propos des Régies du logement de l'Ontario et du Québec. Dans l'arrêt *Re : Loi de 1979 sur la location résidentielle*, le juge Dickson écrit :

En l'espèce, le rôle principal de la Commission n'est pas d'appliquer une politique ou d'exercer une fonction administrative. Son rôle premier est de trancher les litiges. On peut dire que les aspects administratifs de la loi sont accessoires à la fonction principale de trancher les litiges. Le pouvoir de la Commission d'arbitrer les litiges vise à régler rapidement les querelles entre les parties. La simplicité des procédures tend vers ce même but. <sup>9</sup>

6. *Id.*, p. 13.

7. Dans l'affaire *Constitutional Question Determination Act*, Cour suprême, 20 janvier 1982, p. 7 ; [1982] 40 N.R. 206.

8. *Saulnier c. Commission de la Police du Québec*, [1976] R.C.S. 572 ; *P.G. Québec et Keable c. P.G. Can.*, [1979] 1 R.C.S. 215.

9. Cour suprême, 28 mai 1981, p. 32 (original).

À propos de la Régie québécoise exerçant sensiblement les mêmes fonctions, le juge Chouinard écrira :

La Régie, dans ce domaine, ne rend pas justice à la manière d'une cour. Elle applique davantage une politique administrative de contrôle du marché des logements, fondée avant tout sur le bien-être de l'ensemble de la collectivité. Ainsi, les droits des parties sont-ils intimement liés à la mise en œuvre d'une politique commune en matière de contrôle du prix des loyers.<sup>10</sup>

Les membres du panel sauront sûrement éclairer votre lanterne sur ce projet que je me dois de vous relire :

Par dérogation à l'article 96, la législature d'une province peut, dans les domaines ressortissant à son pouvoir législatif, attribuer compétence concurrente ou exclusive à tout tribunal, organisme ou autre autorité non judiciaire constituée en vertu d'une loi de la province.

Les décisions des autorités à qui a été attribuée compétence de cour supérieure en vertu du paragraphe (1) sont susceptibles de révision par une cour supérieure de la province pour défaut ou excès de pouvoir.

---

10. Cour suprême, 3 novembre 1983, p. 19 (original).